

Sygn. akt: KIO 3075/22

**WYROK**  
**z dnia 6 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe SPN.S. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** oraz **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego SPN.S. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tarnowskie Góry**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części nr 4 oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w ww. części.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 763 zł 73 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt trzy złote siedemdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnowskie Góry [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *utrzymanie czystości na terenie Gminy Tarnowskie Góry – wykonywanie prac związanych z utrzymaniem porządku i czystości w roku 2023, w tym sprzątanie i zmiatanie, likwidacja dzikich wysypisk, zarządzanie Cmentarzem Komunalnym oraz obsługa bezpłatnego ogólnodostępnego szaletu miejskiego* (znak postępowania: BZP.271.42.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2022 r. pod numerem nr 2022/S 192-544051.

W dniu 21 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe SPN.S. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego SPN.S. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie części nr 4 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp przez zastosowanie i niezasadne unieważnienie postępowania wskutek uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;
3. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał, że w sekcji VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 1, 8 i 10 ustawy Pzp. Tożsame przesłanki zawarto w Rozdziale XX punkt 2.2 SWZ. W wykazie dokumentów nie wymagano środków dowodowych na potrzeby wykazania przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS.

Odwołujący wskazał, że wskutek zapisów SWZ i ogłoszenia doszło więc do naruszenia, polegającego na żądaniu dokumentu KRS/CEIDG pomimo braku przyjęcia właściwej podstawy prawnej przesłanki wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) oraz zaniechania wskazania wśród podmiotowych środków dowodowych dokumentów z US i ZUS, pomimo przyjęcia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zarówno w ogłoszeniu jak i w SWZ. Powyższe naruszenie oraz zaniechanie, zdaniem Zamawiającego, stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i winno skutkować jego unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający narusza przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez zastosowanie i niezasadnie wywodzi konieczność unieważnienia postępowania z powodów błędów formalnych w postępowaniu, abstrahując od okoliczności, które muszą się ziścić, aby wadliwość postępowania prowadziła do jego unieważnienia – tj. uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący uzasadniał, że celem każdego prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia i zawarcie umowy. Unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy i dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek, przy ścisłej ich interpretacji. Zgodnie z konsekwentną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana (tak np.: KIO 1580/21). Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby reprezentujące powyższy pogląd.

Odwołujący podniósł, że aby zaistniała potrzeba unieważnienia postępowania, muszą wystąpić trzy okoliczności: naruszenie przepisów ustawy Pzp, naruszenie musi powodować niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy; wada musi być niemożliwa do usunięcia. Nie każda więc nieprawidłowość, naruszenie przepisów czy wada postępowania będzie powodowała konieczność jego unieważnienia. Pomiędzy wykrytą wadą, a niemożliwością zawarcia umowy (bo ta będzie podlegać unieważnieniu) musi wystąpić związek przyczynowy. Zamawiający, oceniając zasadność unieważnienia, winien odnieść się do przypadków i powodów ewentualnego unieważnienia umowy określonych w art. 457 ustawy Pzp. W nowej ustawie obowiązującej od stycznia 2021 r. przesłanki są ściśle określone i nie pozostawiają Zamawiającemu dowolności i interpretacji rozszerzającej. Odwołujący przywołał wyroki KIO na potwierdzenie powyższego poglądu.

W konsekwencji należy rozważyć, czy zaistniały błąd polegający na żądaniu KRS/CEIDG, pomimo braku przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i brak wymagania

w SWZ złożenia dokumentów z US i ZUS stanowi wadę na tyle istotną, że uniemożliwia ona zawarcie umowy z wykonawcą i czy wada jest nieusuwalna.

Odwołujący wskazał, iż:

- Dokument KRS/CEIDG: w rozdziale XVII pkt 5.3 SWZ Zamawiający wskazuje dokumenty upoważniające do reprezentowania wykonawcy, powołując się na dokumenty rejestrowe dostępne w bazach danych (KRS/CEDIG). W rozdziale XX pkt 5 SWZ wskazuje, że wykonawca zagraniczny zamiast KRS/CEDIG na potwierdzenie, że nie otwarto jego likwidacji i nie ogłoszono upadłości składa dokument właściwy z uwagi na siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zdecydowanie Zamawiającemu można zarzucić niestaranność przy przygotowywaniu SWZ, czy nieczytelność dokumentów zamówienia, jednakże niestaranność Zamawiającego nie powinna prowadzić do udaremniania wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia w sytuacji, kiedy złożył ważną ofertę i nastąpiło upublicznienie jej ceny. Niewątpliwie, Zamawiający, zgodnie z §13 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych zastrzegł wymaganie dokumentu rejestrowego – czy poprzez złożenie przez wykonawcę, czy pozyskanie z ogólnodostępnej bazy samodzielnie staraniem Zamawiającego. Z dokumentu KRS/CEIDG wynika kwestia likwidacji lub upadłości, jednakże, jeżeli Zamawiający nie postawił w tym zakresie warunku, nie powinien go badać. W ten sposób Zamawiający może naprawić wadliwe postanowienia SWZ bez konieczności unieważnienia postępowania. Na marginesie Odwołujący podnosi, że żaden z wykonawców, w świetle dostępnych dokumentów nie jest w stanie likwidacji lub upadłości. Oczywistym zdaje się więc, że gdyby przyjąć, że Zamawiający jednoznacznie nie przewidział przesłanki wykluczenia w SWZ i ogłoszeniu (na marginesie – w nowej ustawie nie ma przepisów regulujących zawartość ogłoszenia, ogłoszenie w DUUE nie musi zawierać przesłanek wykluczenia) to nie powinien jej badać. Dokument KRS/CEIDG powinien służyć wyłącznie zbadaniu prawidłowości reprezentacji wykonawców. Usunięcie wady powinno więc polegać na niebadaniu przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 4.

- US/ZUS: wskazanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 i brak żądania w wykazie dokumentów zaświadczeń ZUS/US również nie jest wadą pozwalającą na ewentualne unieważnienie umowy. W tej sytuacji, usunięcie wady może polegać na zaniechaniu wezwania wykonawców do złożenia dokumentów z US/ZUS. Kwestia ww. zaległości jest przesłanką fakultatywną. Zamawiający nie miał obowiązku weryfikacji tej przesłanki. Nie zachodzi obawa, że zamówienie może zostać udzielone wykonawcy, który z mocy prawa, obligatoryjnie winien zostać wykluczony w przypadku spełnienia przesłanki. Wykonawcy złożyli wstępne oświadczenia JEDZ, potwierdzając brak wszystkich podstaw wykluczenia, a Zamawiający winien więc poprzestać na oświadczeniu wstępnym i nie wymagać złożenia dokumentów potwierdzających brak zaległości podatkowych i składkowych. Odwołujący, z racji takiej, że jego oferta jest najkorzystniejsza i to on byłby

wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, zobowiązuje się dobrowolnie złożyć dokumenty potwierdzające brak zaległości ZUS/US dla obu członków konsorcjum.

W orzecznictwie KIO wyrażany jest pogląd analogiczny jak w przypadkach konieczności interpretacji postanowień, wykładni umowy, po jej zawarciu. Sądy powszechne i doktryna jednym głosem uznają, że dokonując wykładni postanowień umownych należy również wziąć pod uwagę kto był autorem spornego postanowienia i dokonywać wykładni na niekorzyść autora celem ochrony słabszej strony umowy (w tym przypadku wykonawcy). Zasadę *in dubio contra proferentem* (tłumaczenie wątpliwości na niekorzyść strony, która je redagowała) można stosować również do wykładni zapisów SWZ. Odwołujący powołał się na wyrok KIO sygn. akt: 1184/22.

Odwołujący wskazał, iż abstrahując od niezasadności wykluczenia dodać również należy, że w uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający jedynie opisał problem, który wystąpił w związku z zapisami SWZ, ogólnie przywołując treść art. 255 pkt 6 ustawy. Nie wykazał natomiast wady postępowania, na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Do unieważnienia postępowania powinno dochodzić wyłącznie w ostateczności i wtedy, gdy wada ma charakter rzeczywiście istotny i wpływający na przyszłą umowę o zamówienie w sposób stanowiący podstawę do jej unieważnienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 grudnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przedstawił stan faktycznym sprawy.

Uzasadniał, że w przetargu nieograniczonym SWZ jest kluczowym dokumentem zamówienia. Dlatego to w SWZ powinny być wyczerpująco i precyzyjnie opisane (wyspecyfikowane) wszystkie warunki zamówienia, gdyż wykonawca, przygotowując ofertę, opiera się na tym dokumencie. Wymóg wskazania w treści SWZ podmiotowych środków dowodowych jako obligatoryjnego elementu SWZ przewiduje przepis art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Żądanie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania jest obowiązkiem Zamawiającego wyływającym wprost z przepisu art. 124 pkt 1 ustawy Pzp. Artykuł ten określa zakres ciężącego na Zamawiającym obowiązku żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia podmiotowych środków dowodowych. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują okoliczności zwalniających Zamawiającego z tej czynności, a więc brak wezwania przez Zamawiającego do wykazania przez Wykonawcę braku podstaw wykluczenia z postępowania, jest

złamaniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przywołał definicję podmiotowych środków dowodowych i wskazał, że nie zgadza się z tezą przedstawioną przez Odwołującego, iż w sytuacji braku wskazania podmiotowych środków dowodowych w postaci zaświadczenia z US i ZUS: *„usunięcie wady może polegać na zaniechaniu wezwania wykonawców do złożenia dokumentów z US/ZUS. Kwestia ww. zaległości jest przesłanką fakultatywną. Zamawiający nie miał obowiązku weryfikacji tej przesłanki. (...) Zamawiający winien więc poprzestać na oświadczeniu wstępnym i nie wymagać złożenia dokumentów potwierdzających brak zaległości podatkowych i składowych”*.

Uzasadniał, że według art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (JEDZ) stanowi tymczasowy dowód zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Tymczasowy dowód, gdyż potwierdza brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert. Weryfikacja JEDZ stanowi wstępny etap kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Definitywne udokumentowanie rzetelności wykonawcy oraz jego zdolności do należytego wykonania zamówienia wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wraz z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp przepisu art. 126 ustawy Pzp nadają JEDZ tymczasowy charakter. Słuszność Zamawiającego potwierdza kolejny przepis ustawy Pzp, a mianowicie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność ta jest niezbędna, aby Zamawiający mógł potwierdzić prawdziwość oświadczenia wstępnego Wykonawcy, które zamieścił w oświadczeniu JEDZ. Brak wskazania w SWZ wymogu żądania zaświadczeń US i ZUS nie daje Zamawiającemu możliwości wezwania wykonawcy i poprawnego zweryfikowania wykonawcy pod kątem braku podstaw wykluczenia z postępowania, a dalsze procedowanie bez weryfikacji tych zaświadczeń (jak sugeruje Odwołujący) mogłoby doprowadzić do wyboru i udzielenia zamówienia wykonawcy, który w tym zakresie podlega wykluczeniu z postępowania.

Co więcej Zamawiający w przypadku opisanych wyżej podmiotowych środków dowodowych nie ma możliwości zweryfikowania oświadczeń Odwołującego poprzez dostęp do danych powszechnie dostępnych. Zatem zweryfikowanie tych oświadczeń Odwołującego możliwe jest tylko w drodze zaświadczeń, o których mowa powyżej.

Dalej Zamawiający wskazał, że stosownie do art. 134 ust. 2 ustawy Pzp w przetargu nieograniczonym SWZ zawiera również fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje. Gdy zamawiający je przewidzi, obowiązkowo musi je opisać w treści SWZ.

W omawianej sprawie Zamawiający nie wskazał w treści SWZ fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast w rozdziale XX pkt 4 SWZ wymagał odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy. Co do zasady Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy odpisu lub informacji z KRS lub

z CEIDG na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia w momencie kiedy nie przewidział w zapisach SWZ przesłanki fakultatywnej wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stawiając wymóg przedstawienia odpisu z KRS/CEIDG nie wskazywał na dokument upoważniający do reprezentowania wykonawcy, ale na dokument, który miał dać pewność, że wykonawca nie jest w stanie likwidacji lub ma ogłoszoną upadłość. Brak przewidzenia w SWZ fakultatywnej podstawy wykluczenia uniemożliwia Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z postępowania na jakimkolwiek jego etapie. Należy bowiem mieć na uwadze fakt, iż od momentu złożenia oferty do chwili zawarcia umowy sytuacja wykonawcy może ulec zmianie, tj. może zostać postawiony w stan likwidacji, a wówczas Zamawiający będzie miał związane ręce i nie będzie mógł wykluczyć takiego wykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż nie jest słusznym poglądem odwołującego wyrażony w pkt. 14 odwołania, iż zbliżonym do omawianego przypadku jest stan faktyczny zawarty w przywołanym przez odwołującego wyroku KIO 1184/22, gdyż dotyczy on postępowania tzw. krajowego, do którego stosuje się przepis art. 273 ust. 1 ustawy Pzp. Z punktu widzenia Zamawiającego różnica pomiędzy przywołanymi przepisami ustawy Pzp jest kolosalna, a przepisy te determinują zakres czynności Zamawiającego w postępowaniu, tj. określają które czynności są obowiązkowe dla Zamawiającego, a które nie. Szczególnie istotnym elementem w omawianym przypadku jest fakt, iż wady i nieścisłości zapisów SWZ, nie da się skorygować ani usunąć na obecnym etapie postępowania. Zamawiający nie jest w stanie dalej prowadzić postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie bowiem z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Zamawiający, w opisanych okolicznościach postępowania, słuszenie postąpił unieważniając to postępowanie, gdyż dalsze procedowanie jest niemożliwe ze względu na wykazane powyżej wady, których nie można było już cofnąć, gdyż zostały one ujawnione po otwarciu ofert, a które uniemożliwiały podjęcie czynności obowiązkowo nałożonych na Zamawiającego przez przepisy ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym w odwołaniu oraz ze wskazaną w nim metodą „pominięcia czynności”, do których obliguje Zamawiającego ustawa Pzp. Zdaniem Zamawiającego wady wykazane w postępowaniu mają istotny charakter i w poważnym stopniu naruszają przepisy prawa zamówień publicznych oraz mają duży wpływ na przyszłą umowę o zamówienie. Należy bowiem mieć na uwadze, że unieważnienie

postępowania nastąpiło przed badaniem i oceną złożonych ofert, a więc nie tylko odwołujący może mieć interes w uzyskaniu zamówienia, ale również pozostali wykonawcy. W przypadku gdy naruszenie dotyczy przepisów z zakresu zamówień publicznych, uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy przysługuje Prezesowi Urzędu (art. 459 Pzp) oraz w ograniczonym zakresie wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (art. 460 Pzp). Z informacji z otwarcia ofert wynika, iż odwołujący zaproponował najniższą cenę za wykonanie usługi. Jest ona najniższa ponieważ odwołujący jako konsorcjum spółdzielcze korzysta ze zwolnienia z VAT. Wzbudza to wśród pozostałych wykonawców przeświadczenie nieprawidłowego działania odwołującego i dlatego istnieje bardzo realna możliwość, iż w przypadku udzielenia zamówienia odwołującemu z wykazanymi powyżej naruszeniami ustawy Pzp, umowa może zostać unieważniona na przykład w kontroli Prezesa Urzędu.

W grę wchodzi również odpowiedzialność, o której mowa w przepisach ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ma miejsce, jeśli naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Katalog naruszeń określony w przepisach ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter otwarty. Z ustawy wynika, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w jakikolwiek sposób, jeżeli miało wpływ — odpowiednio — na wynik postępowania. W omawianym przypadku wady w postępowaniu, w zapisach SWZ mają potencjalny wpływ na postępowania, gdyż w przypadku dalszego prowadzenia postępowania, według „zaleceń” odwołującego, może dojść do wyłonienia wykonawcy, wobec którego niemożliwym będzie stwierdzenie braku podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W opisanych wadach na etapie przygotowania postępowania oraz tych wadach, które mogą nastąpić w przypadku dalszego procedowania postępowania, Zamawiający widzi również naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp. Wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 ustawy Pzp. Obowiązek uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Zamawiającego, poprzez powstałe wady w postępowaniu, w głównej mierze naruszona została zasada proporcjonalności i przejrzystości. W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez Zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu). Zamawiający nie podołał spełnić



tej zasady nadmiernie wymagając od wykonawców dokumentu w postaci odpisu z KRS/CEIDG oraz kreując w SWZ sprzeczne zapisy dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania. Wyrazem zasady przejrzystości jest m.in. to, że wymagania Zamawiającego w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, powinny być formułowane jasno i jednoznacznie tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji Zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a Zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych zasad, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W omawianej sprawie Zamawiający poprzez swoje wady w postępowaniu nie był w stanie prawidłowo prowadzić dalej postępowania, gdyż sprzeczność zapisów SWZ w zakresie podstaw wykluczenia, spowodowała wprowadzenie wykonawców w błąd, gdyż tak naprawdę Zamawiający nie wyraził w sposób jasny i precyzyjny swoje wymagania względem wykonawców. Z tego też powodu zamawiający nie był w stanie wyłonić wykonawcę, wobec którego nie miał pewności, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o unieważnieniu części nr 4 postępowania.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 1, 8 i 10 ustawy Pzp. Tożsame przesłanki zawarto w rozdziale XX punkt 2.2 SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 5.3. SWZ, upoważnienie (pełnomocnictwo) do podpisania oferty, do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem należy dołączyć do oferty zgodnie z ust. 3.4. niniejszego rozdziału SWZ, o ile nie wynika ono z dokumentów rejestrowych Wykonawcy, jeżeli Zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

Zgodnie z rozdziałem XX pkt 4 Wykaz podmiotowych środków dowodowych Zamawiający żądał:

2) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji,

*UWAGA: W przypadku wskazania przez Wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, Zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez Wykonawcę oświadczenia lub dokumenty – wskazanie należy podać w pkt. 11 Formularza oferty (zał. nr 1 do SWZ).*

Zgodnie z rozdziałem XX pkt 5 SWZ, dokumenty podmiotowe Wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza RP.

5.1. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

2) odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o którym mowa w ust. 4.1. pkt 2 niniejszego rozdziału SWZ – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

W części 4 zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców. Kryterium oceny ofert była cena o wadze 100%. Oferta Odwołującego w ww. części była ofertą najtańszą.

Zamawiający w dniu 10 listopada 2022 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części 1 – 4 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp,

ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu wskazał fakultatywną podstawę wykluczenia z postępowania wykonawców zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wskazał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia braku podstaw wykluczenia z postępowania dot. ww. przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj.:

a) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, (...)

b) zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, (...)

Żądanie podmiotowych środków jest wymogiem określonym w art. 124 pkt 1 ustawy Pzp, a wymóg wskazania ich w treści SWZ wypływa z treści art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu wskazał wymóg przedłożenia na wezwanie „*odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, (...)*” na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczącego likwidacji i upadłości wykonawcy, jednakże nie przewidział w treści SWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu tej przesłanki wykluczenia.

Powyższe wady w postępowaniu nie można poprawić na obecnym etapie prowadzonego postępowania. Wady te uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części nr 4.

Osią sporu była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części nr 4 jako obciążonej niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający zidentyfikował dwie, niemożliwe do usunięcia wady, którymi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest obciążone, skutkujące brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy. Po pierwsze, w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawców z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podczas gdy wbrew art. 124 pkt 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, nie zażądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania w okolicznościach wskazanych w ww. przesłance (stosownych zaświadczeń z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych). Po drugie, w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający żądał złożenia na wezwanie odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jednakże nie przewidział w dokumentach zamówienia tej przesłanki wykluczenia.

Tytułem wstępu wskazać należy, że przedmiotem oceny Izby jest czynność Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części nr 4. To w ww. piśmie Zamawiający wskazał podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności. Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 4 Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obliguje Zamawiającego treść art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o unieważnieniu postępowania czy też jego części.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest

niemożliwa do usunięcia, stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w ust. 1 przepisu lub na podstawie sytuacji określonych w kodeksie cywilnym np. art. 70<sup>5</sup> (arg. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp).

Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ustawy Pzp lub określone przepisy kodeksu cywilnego.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby wskazane w decyzji z dnia 10 listopada 2022 r. wady postępowania uzasadniały unieważnienie części nr 4 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżonymi wadami postępowania, a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w części nr 4. Argumentacja Zamawiającego w powyższym zakresie sprowadzała się wyłącznie do ogólnego stwierdzenia, że *„Powyższe wady w postępowaniu nie można poprawić na obecnym etapie prowadzonego postępowania. Wady te uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. W ocenie Izby Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego dostrzeżone wady postępowania uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Jak już wskazano powyżej w celu zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą, a koniecznością unieważnienia umowy. Zamawiający w niniejszej sprawie takich informacji, w odniesieniu do obu stwierdzonych wad postępowania, nie przedstawił w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu części nr 4. Z kolei argumentacja zawarta w odpowiedzi na

odwołanie w znaczącej mierze wykraczała poza uzasadnienie faktyczne czynności z dnia 10 listopada 2022 r., zatem nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę.

Odnosząc się do wady postępowania polegającej na zaniechaniu żądania w dokumentach zamówienia podmiotowych środków dowodowych w postaci stosownych zaświadczeń z US oraz ZUS wobec przewidzianej podstawy wykluczenia określonej art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazać należy, iż katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania oraz podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia był jednakowy dla potencjalnych wykonawców niniejszego zamówienia. Nie budził wątpliwości interpretacyjnych wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ma charakter fakultatywny, co oznacza, że zamawiający może, ale nie musi z niej skorzystać w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co do zasady zgodzić należy się z Zamawiającym, iż w przypadku przewidzenia dobrowolnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający winien wykonać obowiązki określone art. 124 pkt 1 i art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Wskazać jednak należy, iż w niniejszej sprawie Zamawiający nie żądając od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w okolicznościach określonych art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pozbawił się możliwości weryfikacji wstępnego oświadczenia wykonawcy złożonego w powyższym zakresie. W ocenie Izby powyższe oznacza, że jakkolwiek Zamawiający formalnie wskazał w dokumentach zamówienia fakultatywną podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to uczynił to nieskutecznie, wobec zaniechania żądania odpowiedniego katalogu dokumentów celem jej weryfikacji. Błąd ten nie powinien jednak obciążać wykonawców, zwłaszcza że ww. przesłanka nie stanowi obligatoryjnej podstawy wykluczenia z postępowania, od badania której zamawiający nie może odstąpić. Ponadto w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, iż istnieje ryzyko zawarcia umowy o zamówienie publiczne z podmiotem nierzetelnym czy niewiarygodnym.

Przechodząc natomiast do kwestii żadanego przez Zamawiającego w rozdziale XX pkt 4 SWZ odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazać należy, iż bezspornie w dokumentach zamówienia nie przewidziano fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie nałożył zatem na siebie obowiązku weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców pod kątem zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy na powyższej podstawie prawnej, nawet jeżeli jego intencją było zbadanie sytuacji podmiotowej wykonawcy w świetle

omawianej przesłanki wykluczenia. Zdaniem Izby żądanie złożenia przez wykonawcę odpisu lub informacji z KRS lub z CEIDG celem potwierdzenia, iż wykonawca nie jest w stanie likwidacji lub ma ogłoszoną upadłość, w sytuacji braku przewidzenia w dokumentach zamówienia dobrowolnej podstawy wykluczenia, stanowi wyłącznie naruszenie o charakterze formalnym, pozostającym bez wpływu na ważność umowy o zamówienie publiczne.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż unieważnienie części nr 4 niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp było nieuzasadnione. Wobec powyższego czynność Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. winna zostać unieważniona.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....